

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La protection de la vie privée participe-t-elle au respect de l'individu après son décès ?

Herveg, Jean

Published in:

Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort, Droit éthique et culture

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Herveg, J 2005, La protection de la vie privée participe-t-elle au respect de l'individu après son décès ? le cas des données du patient. Dans *Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort, Droit éthique et culture*. Les études hospitalières, Bordeaux, p. 184-255.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE PARTICIPE-T-ELLE AU RESPECT DE L'INDIVIDU APRES SON DECES ? LE CAS DES DONNEES DU PATIENT

Jean HERVEG

Centre de Recherches Informatique & Droit – Faculté de Droit de Namur – Belgique

INTRODUCTION

1. Le décès d'une personne suscite inévitablement de nombreuses interrogations. Parmi celles-ci, la question du respect « *naturellement* » dû au défunt interpelle le droit à plus d'un titre. En effet, cette notion recouvre tant d'aspects, qu'une même norme peut difficilement les embrasser tous. En réalité, le respect dû au défunt s'exprime au travers d'un *corpus* de règles dont le contenu et les effets devraient refléter un consensus social.

Lorsqu'on évoque ce *respect dû au défunt* sur un plan général, la question du corps du défunt vient rapidement à l'esprit.

Dans cette optique, le droit visera souvent à protéger le corps du défunt. A cet effet, il interdira d'y porter atteinte, sauf exceptions telles que les autopsies, les prélèvements d'organes¹, les tests génétiques *post-mortem*, les exhumations, l'incinération, etc. Ces exceptions se prévaudront généralement de la volonté légalement exprimée par le défunt de son vivant en ce sens, ou de raisons impérieuses juridiquement admissibles. Néanmoins, même dans ces hypothèses, il n'est pas toujours sûr qu'elles emportent nécessairement l'adhésion des proches, voire de la société.

Mais la protection du corps du défunt n'est pas la seule préoccupation. Le souci existe aussi de protéger les informations qui concernent le défunt.

Cette problématique n'est pas neuve, mais elle prend un relief particulier dans le secteur des soins de santé. En effet, d'une part, l'art de guérir connaît une « *inflation informationnelle* » relative au patient². Cette *inflation* résulte de l'évolution des techniques médicales qui permettent de générer plus d'informations qu'auparavant. Celles-ci sont en outre plus complètes et plus fiables. D'autre part, ces informations possèdent une valeur informative sans précédent qui intéresse beaucoup d'autres personnes que le patient.

L'utilisation de technologies de l'information et de la communication performantes participe à ce phénomène en facilitant l'exploitation de ces informations. C'est ainsi que nous pouvons constater l'efflorescence de logiciels de gestion de l'information médicale et de réseaux de télématique médicale supportant la gestion de l'information relative au patient dans le cadre de prises en charge collectives simultanées ou réparties dans le temps. D'ailleurs, l'Organisation des Nations-unies a assigné des objectifs en ce sens à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication dans le secteur de la Santé³ :

¹ Même dans ce cas, le respect dû au corps du défunt est rappelé. Voyez notamment à ce sujet le Protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, Chapitre IV, « Prélèvement d'organes et de tissus sur des personnes décédées », art. 18 : « *Dans le cadre du prélèvement, le corps humain doit être traité avec respect et toute mesure raisonnable doit être prise en vue de restaurer l'apparence du corps.* »

² Déjà en ce sens : Th. BOURGOIGNIE, N. FRASELLE, C. BERT et D. MOREAU, *Droits du patient, La protection des droits du patient au regard des évolutions sociales, médicales et technologiques*, 1995, p. 43.

³ Déclaration de principes de l'ON.U. du 12 décembre 2003, *Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire. Sommet mondial sur la société de l'information*, Genève 2003 – Tunis 2005, DOC. WSIS-03/GENEVA/DOC/4-F (18).

« a) *Promouvoir la collaboration entre pouvoirs publics, planificateurs, professionnels de la santé et autres organismes, avec la participation des organisations internationales, en vue de créer des systèmes de soins de santé et d'information sanitaire fiables, réactifs, d'excellente qualité et bon marché et de promouvoir dans le domaine médical la formation continue, l'éducation et la recherche par l'utilisation des TIC, tout en respectant et en protégeant le droit des citoyens à la confidentialité de la vie privée.*

b) *Faciliter, dans le monde entier, l'accès au savoir médical et aux contenus adaptés aux conditions locales afin de renforcer les programmes de prévention et de recherche dans le domaine de la santé publique et de promouvoir la santé des femmes et des hommes, par exemple, en ce qui concerne les contenus sur la sexualité et la santé génésique ou sur les maladies sexuellement transmissibles, ainsi que les maladies qui retiennent l'attention du monde entier, par exemple le VIH/SIDA, le paludisme et la tuberculose.*

c) *Annoncer, surveiller et maîtriser la propagation des maladies contagieuses grâce à l'amélioration des systèmes communs d'information.*

d) *Encourager l'élaboration de normes internationales pour l'échange de données sanitaires, compte dûment tenu des considérations de confidentialité.*

e) *Encourager l'adoption des TIC afin d'améliorer les systèmes de soins de santé et d'information sanitaire et d'en étendre la couverture aux zones reculées ou mal desservies ainsi qu'aux populations vulnérables, en reconnaissant le rôle joué par les femmes comme prestataires de soins de santé dans leurs familles et leurs communautés.*

f) *Renforcer et élargir les initiatives fondées sur les TIC pour fournir une assistance médicale et humanitaire en cas de catastrophe naturelle et en situation d'urgence. »*

Dans ce contexte, une quantité importante d'informations subsiste après le décès du patient, à laquelle s'ajouteront celles pouvant être produites après sa mort. L'ensemble de ces informations possède une valeur considérable tant au niveau médical, familial, scientifique qu'économique. Elles sont de nature à intéresser presque tout le monde ; les proches du défunt, les praticiens des soins de santé, les scientifiques, les firmes médicales et pharmaceutiques, les organismes participant au financement du système de santé publique, ainsi que l'Etat dans ses attributions relatives à la Santé Publique et à son financement.

Nombreux sont ceux qui voudront justifier leur intérêt [leur droit ?] à accéder et utiliser cette information, par le potentiel extraordinaire des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Toutefois, l'utilité seule ne peut pas légitimer leur intérêt.

Il ressort des brefs développements qui précèdent que le sort de l'information relative à un patient décédé représente, dès aujourd'hui, à tous points de vue, un enjeu sociétal majeur.

Du vivant du patient, la protection de sa vie privée⁴ en ce qui concerne ses données à caractère personnel dans la relation thérapeutique⁵, est assurée au travers d'un ensemble de règles juridiques. Mais que reste-t-il de cette protection après son décès ?

La présente contribution vise à savoir si une protection « *post-mortem* » des données du patient subsiste en droit international [point I] et en droit belge [point II], et, dans l'affirmative, d'interroger son fondement [point III].

⁴ Sur le droit au respect de la vie privée, consultez : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les Personnes*, vol. 1, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 53 et s., n° 41 et s.

⁵ Voyez à ce sujet : J. HERVEG, M.-N. VERHAEGEN et Y. POULLET, « Les droits du patient face au traitement informatisé de ses données dans une finalité thérapeutique : les conditions d'une alliance entre informatique, vie privée et santé », *rev. dr. santé*, 2002-2003/2, pp. 56-84.

I. LA PROTECTION *POST-MORTEM* DES DONNÉES DU PATIENT EN DROIT INTERNATIONAL

2. Les normes internationales assurant la protection de la vie privée du patient en ce qui concerne ses données à caractère personnel sont nombreuses et proviennent de sources multiples. L'Organisation des Nations-unies, le Conseil de l'Europe, l'Union Européenne et l'Association Médicale Mondiale⁶, retiennent principalement l'attention⁷. Mais quelle protection assurent-elles après le décès de la personne concernée ?

A. L'ORGANISATION DES NATIONS-UNIES

3. L'Organisation des Nations-Unies a adopté de très nombreux d'instruments affirmant ou rappelant – de manière générale ou sectorielle – le droit au respect de la vie privée des individus, et par-là, susceptibles de protéger les données à caractère personnel du patient⁸.

⁶ Quoique celle-ci ne puisse pas être qualifiée d'organisation internationale.

⁷ L'Unesco travaille également sur la question des nouvelles technologies de l'information et de la communication (cf. www.unesco.org) (voyez aussi la **Déclaration universelle sur le Génome humain et les Droits de l'Homme** du 11 novembre 1997, approuvée par l'assemblée générale de l'ONU le 9 décembre 1998). L'Organisation de Coopération et de Développement Economiques étudie aussi des questions de santé publique (voyez not. dans : « Protection de la vie privée dans une société de réseaux mondialisée », 30 juill. 1998, DSTI/ICCP/REG (98) 5/FINAL). Voyez aussi sa recommandation du 23 septembre 1980 concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontaliers de données à caractère personnel.

⁸ Voyez principalement : **Déclaration universelle des droits de l'homme**, art. 12 : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. » ; **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** (résolution 2200 A(XXI) du 16 décembre 1966 de l'assemblée générale des Nations-Unies), art. 17 : « 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. ». Il a été observé à cet égard que « (...) 11. L'article 17 garantit la protection de l'honneur et de la réputation, et les Etats sont tenus d'avoir des lois appropriées à cet effet. Des dispositions doivent également être prises pour permettre à chacun de se protéger contre toute attaque illégale dont il peut être l'objet et d'avoir un moyen de recours contre les responsables. Les Etats parties devraient indiquer dans leurs rapports dans quelle mesure l'honneur et la réputation des individus sont protégés par la loi, et comment cette protection est assurée dans leur système juridique. » (CCPR observation générale 16, trente-deuxième session, 8 avril 1998) ; **Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent** (résolution 47/144 du 13 décembre 1985 de l'assemblée générale des Nations-Unies), art. 5 : les étrangers jouissent, conformément au droit interne et sous réserve des obligations internationales pertinentes de l'Etat dans lequel ils se trouvent, notamment du droit à la protection contre toute ingérence arbitraire ou illégale dans leur vie privée ; **Convention relative aux droits de l'enfant** (résolution 44/25 du 20 novembre 1989 par l'assemblée générale des Nations-Unies) : « 1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. » ; **Les principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel** posent que la finalité du fichier doit permettre de vérifier si la durée de conservation des données personnelles n'excède pas celle permettant d'atteindre la finalité pour laquelle elles ont été enregistrées. (résolution 45/95 du 14 décembre 1990 de l'assemblée générale des Nations-Unies) ; **Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale** (résolution 46/119 du 17 décembre 1991 de l'assemblée générale des Nations-Unies), principe 6 : « Le droit à la confidentialité des renseignements concernant toutes les personnes auxquelles s'appliquent les présents Principes doit être respecté. ». Le principe 13.1.b) relatif aux droits et conditions de vie dans les services de santé mentale, rappelle que tout patient admis dans un service de santé mentale a droit, en particulier, au plein respect de la vie privée. De même, ce patient se voit reconnaître l'accès à l'information qui le concerne : « 1. Un patient (terme qui s'entend également d'un ancien patient dans le présent Principe) doit avoir accès aux informations le concernant se trouvant dans ses dossiers médical et personnel que le service de santé mentale

Il faut d'abord s'étonner de la répétition du principe de la protection de la vie privée dans chacun de ces instruments. Une seule pétition de principe n'aurait-elle pu suffire ? L'idée serait-elle à ce point faible, tellement peu admise, qu'il faille enfoncer le clou à chaque occasion ? Assurément non, mais cela pourrait être un résultat malheureux de cette regrettable technique normative.

Ce qui surprend encore est l'absence de toute disposition spécifique sur la protection des données après le décès. Il serait peu crédible d'affirmer que la question n'aurait jamais été discutée, ne fût-ce qu'officieusement. Seule une profonde divergence d'opinion peut expliquer cette « *lacune* ».

L'inconvénient, c'est que, dans le silence des textes, l'absence de protection des données après le décès est plus aisée à soutenir, puisqu'à défaut de prohibition, la liberté de faire prédomine souvent dans nos sociétés... alors que, formellement, ni l'une ni l'autre de ces positions ne sont fondées ni rejetées.

B. L'ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ

4. L'Organisation mondiale de la santé rappelle que « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* »⁹ dans les soins de santé. Mais, contrairement à l'Organisation des Nations-unies, elle recommande explicitement le maintien de la confidentialité des données du patient après son décès¹⁰.

En effet, la Déclaration d'Amsterdam affirme que « *Toutes les informations concernant l'état de santé d'un patient, sa situation médicale, le diagnostic, le pronostic et le traitement, ainsi que toutes autres informations de caractère personnel, doivent être tenues confidentielles, même après le décès.* »

Ces informations confidentielles ne peuvent être divulguées que si le patient y consent explicitement ou si la loi l'autorise expressément. Le consentement peut être présumé lorsque les informations sont communiquées à d'autres dispensateurs de soins participant au traitement du patient¹¹.

détient. Ce droit peut faire l'objet de restrictions afin d'empêcher qu'un préjudice grave ne soit causé à la santé du patient et d'éviter de compromettre la sécurité d'autrui. Au cas où la législation nationale le permet et si la discrétion peut être garantie, les renseignements qui ne sont pas donnés au patient peuvent être donnés au représentant personnel et au conseil du patient. Quand une partie des informations n'est pas communiquée à un patient, le patient ou le conseil du patient, le cas échéant, doit être avisé de la non-communication et des raisons qui la motivent et la décision peut faire l'objet d'un réexamen par le tribunal. 2. Toutes observations écrites du patient, du représentant personnel ou du conseil du patient doivent, à la demande de l'un d'eux, être versées au dossier du patient. » (principe 19 relatif aux droits et conditions de vie dans les services de santé mentale). Dans la **Déclaration de principes du 12 décembre 2003, Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire. Sommet mondial sur la société de l'information**, Genève 2003 – Tunis 2005, DOC. WSIS-03/GENEVA/DOC/4-F, l'ONU affirme que « (...) 51 L'utilisation et le déploiement des TIC devraient contribuer à faciliter notre vie quotidienne dans tous les domaines. Les TIC peuvent être très utiles pour de nombreuses applications: administration et services publics, soins de santé et information sanitaire, (...) ». L'ONU rappelle les dimensions éthiques de la société de l'information (25) et que « *Tous les acteurs de la société de l'information devraient (...) protéger la vie privée et les données personnelles (...)* ».

⁹ Déclaration d'Amsterdam du 28 mars 1994, art. 1.4. à propos des droits de l'homme et valeurs humaines (le texte est reproduit dans : R.G.A.R., 1998, n° 12892, 1-2).

¹⁰ Id., art. 4.1 à propos de la confidentialité et du respect de la vie privée. Il reste à évaluer la portée juridique de cette Déclaration.

¹¹ Id., art. 4.2.

A cet égard, le texte n'est pas clair sur la possibilité de reconnaître un effet *post-mortem* à la volonté du patient quant à la divulgation de ses informations confidentielles. Il appartiendrait à la loi de reconnaître un tel effet à la volonté du patient. Cet effet pourrait se concevoir dans la mesure où le patient aurait donné un consentement libre et éclairé, c'est-à-dire informé, sur l'usage qui serait fait, après son décès, de l'information confidentielle qui le concerne. En tout cas, pas plus qu'ailleurs, la technique du « blanc-seing » ne pourrait être acceptée.

La Déclaration d'Amsterdam précise encore que « *Toutes les données identifiables concernant un patient doivent être protégées, le dispositif de protection devant être adapté au mode de stockage choisi. Les substances humaines à partir desquelles des données identifiables peuvent être obtenues doivent également être protégées.* »¹²

Logiquement, ces substances devraient aussi être protégées après le décès du patient afin d'éviter, par la production de données identifiables, toute divulgation d'informations confidentielles sans le consentement libre et éclairé du patient (s'il est admis par la loi applicable), ou sans l'autorisation légale expresse. Ceci sous-entendrait que la loi applicable devrait définir les hypothèses dans lesquelles ces substances humaines pourraient être utilisées pour produire des données identifiables après le décès du patient, sans préjudice du cas du consentement libre et éclairé du patient sur leur usage après son décès.

C. LE CONSEIL DE L'EUROPE

5. Le Conseil de l'Europe a émis de nombreuses normes susceptibles d'assurer la protection de la vie privée du patient en ce qui concerne ses données à caractère personnel. Celles-ci se retrouvent dans des instruments éparés.

D'abord, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaît expressément à toute personne relevant de la juridiction¹³ d'une Haute Partie contractante le droit au respect de sa vie privée¹⁴. Dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé le contenu de la notion de « vie privée » (§ 61) :

« (...) la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A n° 91, p. 11, § 22). Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (*Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99 [sect. 1], arrêt du 7 février 2002, § 53). Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (voir, par exemple, les arrêts *B. c. France* du 25 mars 1992, série A n° 232-C, § 63, *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, série A n° 280-B, § 24, *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1991, série A n° 45, § 41, et *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997, Recueil 1997-I, § 36). Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (voir, par exemple, *Burghartz c. Suisse*, rapport de la Commission, op. cit., § 47, et *Fiedl c. Autriche*, série A n° 305-B, rapport de la Commission, § 45). Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un **droit à l'autodétermination** en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8. (...) »

¹² Id., art. 4.3.

¹³ Art. 1.

¹⁴ Art. 8, § 1^{er}. Elle prévoit en outre que l'ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut être envisagée que pour autant que « (...) cette ingérence constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. » (art. 8, § 2).

A la suite de l'arrêt Z c. Finlande, la Cour européenne des droits de l'homme a fermement rappelé la protection due aux données médicales dans l'arrêt M.S. c. Suède du 27 août 1997 (§ 41) :

« (...) la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général. La législation interne doit ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention (arrêt Z. c Finlande du 25 février 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-I, p. 347, § 95). »

A défaut de reconnaître actuellement un effet horizontal à la protection consacrée par l'article 8 de la Convention, la Cour en a cependant déjà déduit l'existence d'obligations positives¹⁵ à charge des Etats membres pour assurer la vie privée des individus soumis à leur juridiction. Ainsi, les Etats membres devraient par exemple assurer la protection de la vie privée des particuliers contre les ingérences d'autres individus.

Dans l'affaire W.B. c. Suisse¹⁶, la Commission des Droits de l'Homme était saisie d'une plainte d'un fils estimant que l'impossibilité de prendre connaissance, sans l'intermédiaire (en l'occurrence d'un médecin), du dossier médical de sa mère décédée, était contraire à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Commission a d'abord rappelé que l'accès au dossier personnel ou médical contenant des informations sur des faits importants pour l'intéressé tombait sous le coup de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle renvoyait à cet égard à l'arrêt Gaskin v Royaume-Uni du 7 juillet 1989¹⁷ et à sa propre décision du 28 février 1996¹⁸.

Elle a souligné ensuite le fait que cette affaire différait de celles précédemment examinées par les organes de la Convention, dans la mesure où le requérant ne sollicitait pas l'accès à son propre dossier mais à celui d'un proche parent décédé.

La Commission ne s'est toutefois pas prononcée sur la question de savoir si l'accès au dossier personnel et médical d'un tiers entraînait dans le champ de l'article 8, estimant que la requête était manifestement irrecevable pour les motifs développés ensuite.

Dans la mesure où les griefs du requérant concernaient le refus des autorités suisses de lui donner un libre accès au dossier de sa mère décédée, la Commission a entendu déterminer si ces autorités avaient manqué à une obligation positive à leur charge résultant de l'article 8.

Elle n'a pas précisé d'emblée si l'obligation positive consistait à donner au fils un libre accès au dossier médical de sa mère décédée, ou à protéger la vie privée de la mère décédée contre le libre accès de son fils à son dossier médical.

¹⁵ L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. HUMBERT, *La convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 307.

¹⁶ Comm. Eur. D.H., 20 mai 1998, R.U.D.H., 1998, p. 431.

¹⁷ C.E.D.H., arrêt Gaskin v Royaume-Uni, 7 juill. 1989, série A 160, p. 15, § 37.

¹⁸ Comm. Eur. D.H., 28 févr. 1996, requête n° 27533/95, DR 84-B, p. 169.

Toutefois, eu égard à la construction de son raisonnement, il semble raisonnable de convenir que l'obligation positive envisagée par la Commission consistait à reconnaître au fils un libre accès au dossier médical de sa mère décédée.

Pour établir l'existence d'une telle obligation, la Commission a pris en compte le « *juste équilibre à ménager* » entre les intérêts du requérant à consulter directement le dossier médical de sa mère décédée et le but visé par les autorités suisses quand elles ont imposé la consultation indirecte du dossier.

La Commission estime à cet égard que les objectifs énumérés à l'article 8, § 2, « *peuvent jouer un certain rôle* » dans la recherche d'un tel équilibre, se référant à nouveau à l'arrêt Gaskin¹⁹ et à sa propre décision du 28 février 1996.

En l'espèce, elle a relevé que les autorités suisses avaient invoqué la protection des données personnelles de la mère décédée du requérant pour justifier leur position²⁰. La Commission a considéré à cet égard qu'il s'agissait d'un objectif légitime au regard de l'article 8, puisque l'article 8, § 2, vise « *la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Quant au « *juste équilibre* » entre les intérêts en présence, elle a relevé le fait que le requérant n'avait pas été privé de tout accès aux informations figurant au dossier médical de sa mère décédée. En effet, il avait obtenu des renseignements concernant les traitements prodigués à sa mère, via les médecins de l'hôpital et de la Commission de surveillance des activités médicales du canton de Genève. Par ailleurs, si les autorités ne l'avaient pas autorisé à consulter personnellement le dossier médical de sa mère décédée, elles avaient accepté qu'un médecin de son choix en prenne connaissance et le renseigne ensuite sur les traitements et les causes de décès de sa mère.

Par conséquent, la Commission a estimé, à juste titre semble-t-il, que la position suisse ménageait *un juste équilibre* entre les intérêts en présence quant à la communication des éléments figurant au dossier de la mère décédée du requérant. La requête a été déclarée manifestement mal fondée et rejetée.

Dans le cadre de la présente étude, il faut retenir que la Commission a considéré que la protection des données personnelles de la mère décédée était un objectif légitime au regard de la protection des droits et libertés d'autrui.

6. Ensuite, la convention n° 108²¹ a pour objectif de garantir, à tout individu sur le territoire de tout Etat membre, quelle que soit sa nationalité ou sa résidence, le respect de ses droits et libertés fondamentales, et en particulier son droit à la vie privée, au regard du traitement automatisé des données à caractère personnel qui le concernent.

Cependant, elle ne traite pas de la protection de ces données après le décès, ce qui ne manque pas d'étonner.

¹⁹ C.E.D.H., arrêt Gaskin v Royaume-Uni, o.c., p. 17, § 42.

²⁰ Il pourrait donc en être inféré que le droit en vigueur dans le canton de Genève prolonge dans une certaine mesure les effets de la protection des données à caractère personnel après le décès de la personne concernée.

²¹ Convention n° 108 du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, art. 1. Voyez le Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, du 8 novembre 2001, STE 181, ainsi que la Résolution 428 (1970) du 23 janvier 1970 de l'assemblée consultative du Conseil de l'Europe, portant déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme et la résolution 1165 (1998), *Droit au respect de la vie privé*.

Lors de l'adoption des législations nationales en application de la convention n° 108, le Royaume-Uni a jugé que la protection des données à caractère personnel ne couvrait que les personnes vivantes, tandis que l'Italie a considéré que les droits d'accès et de rectification ayant trait à des données à caractère personnel concernant des personnes décédées pouvaient être exercés par quiconque y avait un intérêt²².

7. Par ailleurs, le Conseil de l'Europe a encore adopté de très nombreuses recommandations sectorielles pouvant concerner la protection de la vie privée du patient²³. A nouveau, aucune ne concerne explicitement la période après le décès de la personne concernée.

²² M.-H. BOULANGER, note sous Civ. Brux. (2^e ch.), 23 avril 1999, *rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 358.

²³ Voyez principalement :

- Rec. R (81) 1 relative à la réglementation applicable aux banques de données médicales automatisées (cette recommandation a été abrogée par la recommandation R (97) 5) ;
- Rec. R (83) 10 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de recherche scientifique et de statistiques, adopté le 23 septembre 1983 ;
- Rec. R (86) 1 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de sécurité sociale ;
- Rec. R (87) 23 sur les systèmes d'information hospitalier ;
- Rec. R (88) 2 sur la protection des données à caractère personnel utilisée à des fins d'emploi, art. 10.2, 3, 4, 5, et 6.
- Rec. R (89) 4 sur la collecte de données épidémiologiques sur les soins de santé primaire ;
- Rec. R (89) 14 sur les incidences éthiques de l'infection VIH dans le cadre sanitaire et social ;
- Rec. R (90) 3 sur la recherche médicale sur l'être humain ;
- Rec. R (90) 8 relative à l'impact des nouvelles technologies sur les services de santé, particulièrement sur les soins de santé primaires ;
- Rec. R (90) 21 relative à la stratégie de formation dans le domaine des systèmes d'information en matière de santé ;
- Rec. R (91) 10 sur la communication à des tierces personnes de données à caractère personnel détenues par des organismes publics ;
- Rec. R (95) 4 sur la protection des données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunication, eu égard notamment aux services téléphoniques ;
- Rec. R (97) 5 sur la protection des données médicales ;
- Rec. R (97) 17 sur le développement et la mise en œuvre des systèmes d'amélioration de la qualité dans les soins de santé ;
- Rec. R (97) 18 relative à la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins statistiques ;
- Rec. R (98) 7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire ;
- Rec. R (99) 5 sur la protection de la vie privée sur internet – Lignes directrices pour la protection des personnes à l'égard de la collecte et du traitement de données à caractère personnel sur les « inforoutes » ;
- Rec. R (2000) 5 sur le développement de structures permettant la participation des citoyens et des patients au processus décisionnel concernant les soins de santé ;
- Rec. R (2001) 2 sur les contraintes minimales à l'égard de la collecte on-line de données à caractère personnel dans l'Union Européenne ;
- Rec. R (2001) 12 sur l'adaptation des services de soins de santé à la demande de soins et de services des personnes en situation marginale ;
- Rec. R (2001) 13 sur le développement d'une méthodologie dans l'élaboration de lignes directrices pour de meilleures pratiques médicales ;
- Rec. R (2002) 9 sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins d'assurance ;
- Rec. de l'Assemblée Parlementaire 1626 (2003) du 1^{er} octobre 2003 sur la réforme des systèmes de santé en Europe : concilier équité, qualité et efficacité.

8. Enfin, la Convention du 4 avril 1997 pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine²⁴ rappelle encore que toute personne a droit au respect de sa vie privée s'agissant des informations relatives à sa santé²⁵. Au contraire des autres instruments adoptés par le Conseil de l'Europe, il se pourrait qu'une protection *post-mortem* de certaines données du patient puisse être assurée par son protocole additionnel du 24 janvier 2002 relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine. En effet, il précise que²⁶ :

« 1 Toutes les données à caractère personnel concernant la personne sur laquelle a été pratiqué le prélèvement d'organes ou de tissus ainsi que les données concernant le receveur doivent être considérées comme confidentielles. Elles ne peuvent être collectées, traitées et communiquées que dans le respect des règles relatives au secret professionnel et à la protection des données à caractère personnel.

2 Les dispositions du paragraphe 1 s'entendent sans préjudice des dispositions permettant, sous réserve de garanties appropriées, la collecte, le traitement et la communication des informations nécessaires sur la personne sur laquelle a été pratiqué le prélèvement ou sur le(s) receveur(s) d'organes ou de tissus lorsque des raisons médicales l'exigent, y compris la traçabilité, conformément à l'article 3 du présent Protocole. »

Cette disposition ne distingue pas entre les données du donneur vivant ou mort. Or, il intervient après les chapitres III « *Prélèvement d'organes et de tissus sur des personnes vivantes* » et IV « *Prélèvement d'organes et de tissus sur des personnes décédées* ». Les obligations de confidentialité paraissent donc couvrir les deux situations.

D. L'UNION EUROPÉENNE

9. En droit européen, la protection des données du patient peut déjà se prévaloir de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁷ qui affirme le droit de tous au respect de la vie privée, et de l'article 8 qui consacre la protection des données à caractère personnel²⁸. Cependant, ces dispositions ne fournissent pas d'indication quant à la protection des données après le décès de la personne concernée.

Les autres instruments susceptibles de protéger les données du patient²⁹ n'en contiennent pas plus.

²⁴ Cette convention n'a pas encore été ratifiée par la Belgique.

²⁵ Convention du 4 avril 1997 pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, chapitre III, art. 10.1.

²⁶ Chapitre VII « Confidentialité » : art. 23.

²⁷ La Charte a été proclamée en décembre 2000 par la Commission, le Conseil et le Parlement.

²⁸ L'articulation entre les articles 7 et 8 ne manque pas de laisser perplexe.

²⁹ Voyez principalement : la résolution du 29 Mai 1986 relative à l'adoption d'une carte européenne d'urgences médicales; la directive 95/46/EC du 24 octobre 1995 sur la protection des individus à l'égard des traitements de données à caractère personnel et sur la libre circulation de celles-ci (Directive Vie Privée) ; la directive 98/79/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 1998 relative aux dispositifs médicaux de diagnostic in vitro, J.O., L 331 du 07/12/1998 p. 0001 – 0037, art. 1.4 ; la directive 2001/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, art. 3, 2.c ; la directive 2002/58/EC du 12 juillet 2002 relative aux traitements de données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (Directive Vie Privée et Communications électroniques). Consultez également les travaux du Groupe de protection des données (article 29) (www.europa.eu.int/comm/privacy).

Le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies a émis plusieurs avis qui concernent notamment la protection des données du patient³⁰, mais seul l'avis n° 13 du 30 juillet 1999 sur les aspects éthiques de l'utilisation des données personnelles de santé dans la société de l'information affirme le maintien du respect de la confidentialité des données du patient après son décès.

En effet, dans cet avis, le Groupe souligne, après avoir proposé une définition des données personnelles de santé, que « *Quelque soit leur mode de traitement, elle garde un caractère sensible même après la mort de la personne qu'elles concernent* »³¹. Dans la partie de l'avis consacrée à la protection du droit au respect de la vie privée / confidentialité, le Groupe affirme que « *Le respect de la confidentialité des données personnelles de santé doit continuer de s'imposer même après le décès de la personne concernée.* »³²

E. L'ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE

10. La Déclaration de Lisbonne sur les droits du patients adoptée en 1995 par l'association médicale mondiale pose pour principe que toutes les informations relatives à un patient doivent demeurer confidentielles **même après sa mort**. A titre exceptionnel, elle considère que ses descendants devraient avoir accès à l'information relatives à leurs propres risques de santé³³.

³⁰ Groupe de Conseillers pour l'éthique de la biotechnologie auprès de la Commission européenne, avis n° 4 sur les aspects éthiques de la thérapie génique, du 13 décembre 1994 ; avis n° 6 sur les aspects éthiques du diagnostic prénatal, du 20 février 1996 ; avis n° 10 sur les aspects éthiques du 5^e programme-cadre de recherche, du 11 décembre 1997 ; avis n° 11 sur les aspects éthiques des banques de tissus humains, du 21 juillet 1998 ; Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne, avis n° 17 sur les aspects éthiques de la recherche clinique dans les pays en développement, du 4 février 2003 ; avis n° 19 sur les aspects éthiques des banques de sang de cordon ombilical, du 16 mars 2004. Voyez aussi : *Droits des citoyens et nouvelles technologies : un défi lancé à l'Europe*, rapport du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies sur la charte des droits fondamentaux en relation avec l'innovation technique, pp. 8, 11, 14 et 26, et le rapport général des activités du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies, 1998-2000.

³¹ Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne, avis n° 13 sur les aspects éthiques de l'utilisation des données personnelles de santé dans la société de l'information, du 30 juillet 1999, p. 4.

³² Id., p. 11.

³³ Art. 8, a. Dans le même sens : la Déclaration de Genève et la Déclaration sur les aspects éthiques relatifs aux bases de données médicales.

II. LA PROTECTION *POST-MORTEM* DES DONNÉES DU PATIENT EN DROIT BELGE

11. La protection de la vie privée du patient en ce qui concerne ses données à caractère personnel est assurée en droit belge par un ensemble de normes, tantôt générales, tantôt sectorielles. Mais, à nouveau, quelle protection assurent-elles après le décès de la personne concernée ?

Cette question est abordée au travers des instruments suivants³⁴ :

- La protection constitutionnelle de la vie privée et du secret de la correspondance,
- La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel,
- Les règles relatives au secret médical,
- La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient,
- Le secret des communications et des télécommunications.

A. LA CONSTITUTION ET LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

a. Le droit au respect de la vie privée

12. Depuis 1994, la Constitution belge affirme le droit au respect de la vie privée et au respect de la vie familiale³⁵. Tout patient peut se prévaloir de ce nouveau droit qui englobe la protection de ses données à caractère personnel.

Les auteurs d'une des propositions à l'origine de cette nouvelle protection constitutionnelle cherchaient à la mettre en concordance avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁶, afin d'éviter toute contestation sur leur contenu respectif³⁷. Ils ont souligné le fait que le droit au respect de la vie privée se présentait sous de nombreuses facettes et s'appliquait dans de nombreux domaines ainsi, par exemple, dans les relations de travail³⁸.

³⁴ Ce choix n'est pas exhaustif.

³⁵ L'article 22 de la Constitution dispose que « *Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit.* » Cette disposition (anciennement l'article 24 quater) a été introduite par la loi du 31 janvier 1994, Modification à la Constitution, *M.B.*, 12 févr. 1994, p. 3.670.

Lors des travaux de la Commission sénatoriale de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, il a été exposé que « *Les articles relatifs aux droits fondamentaux ne renferment aucune répartition de compétences, mais laissent ce soin à d'autres articles constitutionnels. (...) Le pouvoir d'octroyer des droits fondamentaux n'est pas régionalisé ni communautarisé. (...)* » (Doc. Parl., Sénat, session 1993-1994, n° 100 – 4/5°, p. 7). Lors des travaux subséquents de la Commission de révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits, de la Chambre des Représentants, le problème de la répartition des compétences a été résolu comme suit (Doc. Parl., Ch. Repr., s.o., 1993-1994, n° 1278/2 – 93/94, pp. 4 et 5 :

« 1° la « mise en œuvre positive » du droit au respect de la vie privée et familiale relève, en vertu du deuxième alinéa de l'article 24 quater, tant de la compétence des autorités fédérales que de celle des autorités communautaires ou régionales ;

2° seul le législateur fédéral peut (par une loi) déroger au droit au respect de la vie privée et familiale (en vertu du premier alinéa de l'article 24 quater), sous réserve des exceptions prévues par la loi spéciale de réformes institutionnelles, notamment en ce qui concerne les perquisitions (article 11 de la loi spéciale) et en ce qui concerne les compétences implicites (article 10 de la loi spéciale).

Répondant à un membre, le Premier ministre confirme cette interprétation.

Plusieurs membres annoncent que leurs groupes respectifs ne formulent aucune objection à l'encontre du texte amendé par le Sénat, à condition qu'il soit interprété de la manière précitée. »

³⁶ Ci-après dénommée la Convention.

³⁷ Doc. parl., Sénat, s.o., 1991-1992, n° 100/4, p. 3 ; Doc. Parl., Ch. Repr., s.o., 1993-1994, n° 997/5 – 92/93, p. 2.

³⁸ Doc. Parl., Ch. Repr., s.o., 1993-1994, n° 997/5 – 92/93, p. 3.

Lors des travaux de la Commission sénatoriale, il a été rappelé que l'article 8 de la Convention pouvait imposer des obligations positives à charge de l'autorité publique pour protéger et rendre effectif le droit au respect de la vie privée³⁹.

Il y a aussi été mis en exergue que la protection de la vie privée n'était pas subordonnée à la fixation de ses conditions d'exercice par la loi, le décret ou l'ordonnance. « *L'objectif est, au contraire, de faire en sorte que la protection de la vie privée et de la vie familiale soit garantie et que, dans la mesure où une politique positive est requise en vue de la garantir, les conditions de cette politique soient définies légalement, de même que les exceptions.* »⁴⁰ Le droit au respect de la vie privée n'est donc pas un droit conditionnel⁴¹. A l'unanimité, la Commission sénatoriale a considéré à cet égard que l'article 24 quater [maintenant l'article 22] de la Constitution avait un effet direct⁴².

Les travaux parlementaires ne permettent cependant pas d'affirmer un effet horizontal à la protection constitutionnelle de la vie privée⁴³. A cet égard, la liaison entre les contenus respectifs de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention⁴⁴ s'avèrerait malheureuse puisque, à ce jour, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore consacré d'effet horizontal *stricto sensu* à l'article 8 de la Convention, sous la réserve des obligations positives à charge des Etats membres qui pourraient les amener à prendre des mesures pour protéger la vie privée des particuliers entre eux⁴⁵.

En l'état, le texte ne donne pas d'indication pour soutenir ou contester le maintien des effets de cette protection après le décès.

b. Le secret des lettres

13. La protection constitutionnelle du secret des lettres⁴⁶ participe à la protection de la vie privée des citoyens⁴⁷. A ce titre, elle est de nature à intéresser la protection des données du patient.

³⁹ Doc. Parl., Sénat, session 1993-1994, n° 100 – 4/5°, pp. 2 et 8.

⁴⁰ Doc. Parl., Sénat, session 1993-1994, n° 100 – 4/5°, p. 3.

⁴¹ Doc. Parl., Sénat, session 1993-1994, n° 100 – 4/5°, p. 3.

⁴² Doc. Parl., Sénat, session 1993-1994, n° 100 – 4/5°, p. 6.

⁴³ Voyez not. à ce sujet et pour une réponse apparemment négative, Fr. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 279, n° 272 et s.

⁴⁴ Cela signifierait que l'interprétation de l'article 22 de la Constitution devrait évoluer en fonction de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ce qui pourrait paraître singulier. A mieux y réfléchir, cette situation refléterait bien la complexité des relations entre les ordres juridiques internationaux et nationaux (voyez autour de ce sujet : J.-S. JAMART, « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *R.B.D.C.*, 1999, p. 109 et s.). La Cour d'arbitrage a confirmé cette liaison dans son arrêt n° 54/2004 du 24 mars 2004, M.B., 13 juillet 2004, B.7.

⁴⁵ La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et la loi relative aux droits du patient (art. 10), en constituent deux exemples.

⁴⁶ C., art. 29 : « *Le secret des lettres est inviolable. La loi détermine quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste.* »

A propos du secret des lettres, voyez not. : H. DE PAGE, o.c., p. 74-76, n° 66 : « *Le secret des lettres comporte deux aspects. D'une part, une personne ne peut prendre connaissance d'une missive qui ne lui est pas destinée, sauf de l'accord du destinataire et aussi de l'expéditeur si elle est confidentielle. D'autre part, même l'auteur et le destinataire de certaines lettres ne peuvent en disposer comme ils l'entendent. De très nombreuses missives possèdent un caractère confidentiel, par exemple parce qu'elles traitent de la vie privée de l'expéditeur ou du destinataire. Ce caractère se déduira soit de la volonté exprimée par l'auteur soit du contenu de la lettre, « expression de sentiments ou d'opinions intimes, révélations ou indications sur un sujet qui appelle le secret » (...) En cas de conflit sur le caractère confidentiel, le juge tranchera.* (...) »

⁴⁷ En ce sens : Doc. Parl., Sénat, session 1993-1994, n° 100 – 4/5°, p. 4 ; H. DE PAGE, o.c., pp. 54, n° 42.

Francis DELPEREE considère que cette protection ne s'étend pas à d'autres modes de correspondances que la lettre manuscrite, telles que le téléphone, le télégraphe, la télécopie, le télex, le réseau informatique⁴⁸. Elle ne couvrirait pas plus le courrier électronique, quoique la question soit controversée⁴⁹.

A l'instar de l'article 22 de la Constitution, cette disposition n'aurait qu'un effet vertical⁵⁰, sous réserve d'obligations positives à charge de l'autorité publique pour assurer la protection du secret des lettres dans les relations privées⁵¹.

A nouveau, le texte ne contient pas d'indice sur le maintien des effets de sa protection après le décès de la personne concernée⁵².

c. Le contrôle de constitutionnalité des lois belges au regard de la protection de la vie privée et du secret de la correspondance

Depuis le 21 avril 2003⁵³, la Cour d'arbitrage connaît des recours en annulation et des questions préjudicielles à propos de la violation par la loi, le décret ou l'ordonnance, des articles 8 à 32 du titre II, « *Des belges et de leurs droits* », de la Constitution⁵⁴, ce qui englobe le droit au respect de la vie privée et le secret de la correspondance.

Le patient est dès lors admis à contester les lois dont il estimerait qu'elles portent atteinte aux droits que la Constitution belge lui reconnaît en son titre II, dont ceux visés ci-avant. Après son décès, les proches et les héritiers pourraient également agir en ce sens si une protection post-mortem de sa vie privée était reconnue.

B. LES TRAITEMENTS DE DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL ET LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

14. La loi du 8 décembre 1992 protège la vie privée des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁵⁵. La loi détermine les conditions générales de licéité des traitements de données. Les données particulièrement sensibles font l'objet de règles spéciales.

⁴⁸ Fr. DELPEREE, o.c., p. 218, n° 206.

⁴⁹ Voyez sur ce point : J.-Th. DEBRY, « Le droit constitutionnel à l'épreuve de la société de l'information », *Actualités du droit*, 2002, p. 22, n° 14, et note infra-paginale n° 35.

⁵⁰ Si elle produisait un effet horizontal, il faudrait trouver une explication rationnelle à la non-reconnaissance de cet effet à l'article 22 précité, alors que ces deux dispositions relèvent du même chapitre de la Constitution « *Des belges et de leurs droits* ». Voyez cependant les commentaires de Jean-Pol MASSON sur le secret des lettres, repris *supra* dans la note infra-paginale n° 45.

⁵¹ Apparemment en ce sens : J.-Th. DEBRY, o.c., p. 22.

⁵² Voyez cependant : H. DE PAGE, o.c., pp. 76-77, n° 68: « *En tant que le secret des communications protège la personne contre les investigations indiscretes, ce droit ne se transmet pas, sa finalité consistant dans la protection d'un individu vivant. En revanche, en tant qu'il interdit la divulgation du contenu des communications, c'est-à-dire – pratiquement – des lettres, le droit au secret se transmet, le caractère confidentiel ne se perdant pas au décès de l'expéditeur ou du destinataire. (...)* ».

⁵³ Date d'entrée en vigueur de la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant en ce sens la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur le Cour d'arbitrage (*M.B.*, 11 avril 2003, p. 18.384).

⁵⁴ C., art. 141 à 143 ; L. spéc., 6 janv. 1989 sur la Cour d'arbitrage, voyez not. les art. 1, 2° et 26, 3°. Sur le projet de la réforme, voyez not. : H. SIMONART et M. VERDUSSEN, « La réforme de la Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux », *R.B.D.C.*, 2000, p. 183 et s.

⁵⁵ L., 8 déc. 1992, précitée, art. 2. Cette loi transpose la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 281, 23/11/1995, pp. 0031-0050. La loi vie privée a été principalement exécutée par l'arrêté royal du 13 février 2001, relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. A ce sujet, voyez : Th. LÉONARD et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution. La loi du 11 décembre 1998 transposant la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 », *J.T.*, n° 5928, 1999, pp. 377-396.

Ainsi, le traitement de données à caractère personnel relatives à la santé est interdit⁵⁶, sauf exceptions – dont le traitement à des fins thérapeutiques⁵⁷. La loi définit les droits de la personne concernée et impose des obligations en termes de sécurité et de confidentialité du traitement de données. Elle prévoit encore la déclaration préalable des traitements à la Commission de protection de la vie privée et la tenue d'un registre public des traitements de données accessible aux personnes concernées. Elle règle enfin les flux transfrontières de données.

Cependant, la loi ne contient pas de disposition consacrant un effet à la protection de la vie privée après le décès de la personne concernée en ce qui concerne le traitement de ses données à caractère personnel⁵⁸.

La Commission belge pour la protection de la vie privée a d'ailleurs considéré à propos de l'accès des héritiers au dossier médical du défunt que « (...) *Il peut être déduit de cette disposition qu'il est exigé que la personne soit encore une personne physique et qu'elle soit par conséquent encore en vie au moment où la protection des données à caractère personnel est invoquée. Cette interprétation rejoint le concept général de protection de la vie privée. Le droit à la protection de la vie privée peut être défini comme étant le droit d'être laissé en paix et d'organiser sa vie comme on l'entend. Ce droit concerne donc forcément les personnes encore en vie. Les personnes décédées ne peuvent plus prétendre à un droit à la protection de la vie privée.* (...) »⁵⁹

Elle a conclu en affirmant que « (...) *La Commission est d'avis que les héritiers devraient disposer d'un droit d'accès s'ils poursuivent un intérêt légitime. La Commission est partisane d'un système qui permet l'évaluation des intérêts. Elle estime qu'un accès illimité accordé à tout ayant droit ne respecte pas suffisamment les volontés de la personne décédée et ne permet pas de tenir compte des intérêts des autres membres de la famille ou de tiers. Tel que mentionné précédemment, la Commission estime qu'un système qui ne garantit aucun droit d'accès aux héritiers est, en de nombreuses circonstances, inéquitable.* »

La Commission a maintenu cette position dans son avis relatif aux archives de l'Etat, reprenant à cette occasion la théorie de l'incorporation de la vie privée du défunt dans celles des proches survivants⁶⁰.

⁵⁶ L., 8 déc. 1992, précitée, art. 7, § 1er.

⁵⁷ L., 8 déc. 1992, précitée, art. 7, § 2, j.

⁵⁸ Tout le monde ne se pose cependant cette question avant d'aborder la question de l'application de cette loi. Voyez not. : Civ. Hasselt (réf.), 2 oct. 1997, *rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 333 et s., note W. VERCRUYSEN, « Draagwijdte van de noties « dossiers » en « bestanden » in het kader van de wet verwerking persoonsgegevens (W.V.P.) en de wet op de ziekenhuizen (W.Z.) ».

⁵⁹ C.P.V.P., avis d'initiative du 15 juin 2000 relatif au droit d'accès des héritiers au dossier médical du défunt, n° 19/2000. Contra : C. DECOSTER, « De verwerking van medische persoonsgegevens », *Acta Hosp.*, 1994, p. 27.

⁶⁰ C.P.V.P., avis n° 49/2001 du 10 décembre 2001 relatif aux archives de l'Etat : « (...) *Les documents que les Archives de l'Etat prennent en dépôt peuvent contenir des informations à caractère personnel et, pour autant qu'elles concernent des personnes qui sont encore en vie, leur traitement peut tomber sous l'application de la loi relative à la protection de la vie privée (ci-après LVP). Cette éventualité augmente évidemment au fur et à mesure que le délai d'attente pour l'accès aux documents diminue et que notre espérance de vie progresse. Par ailleurs, certaines figures historiques survivent dans les esprits et les historiens se font un plaisir de revenir, à la grande joie de beaucoup, sur ce qui serait considéré comme une atteinte ignoble à la vie privée à l'égard de personnes vivantes. Dans certains cas, cela peut être à ce point humiliant pour les proches ou les descendants que cela peut être considéré à leur égard comme une violation de la LVP.*

(...) la LVP demeure applicable à des données à caractère personnel concernant des personnes vivantes et à des données à caractère personnel concernant des personnes décédées, dans la mesure où leur traitement menace gravement la vie privée de proches. »

C. LE SECRET MÉDICAL ET LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

15. Le secret professionnel incombant aux personnes participant aux soins de santé, garantit la protection de la vie privée du patient. Par là, il participe au bon fonctionnement du système de santé publique⁶¹.

Il n'est pas contesté que le secret médical maintient ses effets après le décès du patient⁶².

L'article 65 du Code de déontologie médicale ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que « *la mort du malade ne relève pas le médecin du secret et les héritiers ne peuvent l'en délier ni en disposer* ».⁶³

D. LA LOI RELATIVE AUX DROITS DU PATIENT ET LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

16. La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient⁶⁴ rappelle le droit du patient au respect de sa vie privée⁶⁵. Indirectement, elle consacre la protection du « *dossier patient* » après le décès, puisqu'elle pose les conditions de sa consultation par les proches du défunt⁶⁶ :

⁶¹ Nouvelles, *Droit pénal*, tome IV, *Les infractions*, Bruxelles, Larcier, 1989, p. 249, n° 7636, p. 271, n° 7719 : « *Mais si la règle du secret professionnel protège en premier lieu les intérêts individuels de celui qui se confie, elle établit aussi un principe d'intérêt général indispensable à la bonne organisation de la vie sociale, car elle a pour but d'assurer l'exercice normal et efficace de certaines professions considérées d'intérêt public.* » (...) « *La règle du secret professionnel repose, en ce qui concerne les médecins, sur la nécessité d'assurer une entière sécurité à ceux qui doivent se confier à eux et de permettre à tout patient d'obtenir les soins qu'exige son état, quelle qu'en soit la cause. Elle intéresse donc non seulement les malades, mais encore les familles, la profession médicale, la société et l'ordre public* ». Voyez aussi : A. ROUVROY, « Informations génétiques et assurance. Discussion critique autour de la position « prohibitionniste » du législateur belge », *J.T.*, 2000, n° 5978, p. 585 et s., spéc. p. 599.

⁶² W. DIJKHOFFZ, « Rol van de medische getuigschriften in de functionele opvatting van het beroepsgeheim », note sous Cass., 7 mars 2002, *rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 91, n° 8 ; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruxelles, Ed. Nemesis, 1985, p. 165 ; Nouvelles, o.c., p. 255, n° 7654 ; Brux., 27 oct. 1976, *Pas.*, II, p. 128 et s. ; Civ. Liège, 5 déc. 1988, *J.L.M.B.*, 1990, p. 506 et s.

⁶³ Ce dernier point est controversé, ainsi que la question de la délivrance des certificats post-mortem. Sur ce dernier point, voyez not. en doctrine : P. LAMBERT, o.c., p. 165 et s., I. MASSIN, « La délivrance de certificats médicaux à un tiers au regard du secret professionnel », *rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 162 et s. ; G. SCHAMPS, « Le secret médical et l'assureur : commentaire du nouvel article 95 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre », *rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 131 et s. Voyez not. en jurisprudence : Brux., 27 oct. 1976, *Pas.*, II, p. 128 et s. ; Liège, 6 déc. 1979, *J.L.*, 1980, p. 129 et s. ; Civ. Liège, 5 déc. 1988, *J.L.M.B.*, 1990, p. 506 et s. ; Brux. (8^e ch.), 7 févr. 1989, *R.G.A.R.*, 11849 ; Nouvelles, o.c., p. 279 et s., n° 7747 et s. ; Comm. Brux. (7^e ch.), 29 janv. 1997, *Bull. Ass.*, 1998, n° 322, p. 78 et s. ; Gent (1^e ch.), 21 févr. 1997, *Tijds. Not.*, 1998, p. 196 et s. ; Cass. (1^e ch.), 19 janv. 2001, *R.T.D.F.*, 2002/1, p. 135 et s. ; Mons (2^e ch.), 9 avril 2001, *J.T.*, 2002, p. 409 et s., *R.T.D.F.*, 2002/1, p. 151 et s. ; Civ. Brux. (4^e ch.), 1^{er} juin 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1358 et s., note J. SACE, « Certificat post-mortem et secret professionnel ». Voyez enfin l'article 95 nouveau de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, sur les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat.

⁶⁴ L., 22 août 2002, relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 sept. 2002.

⁶⁵ L., 22 août 2002, précitée, art. 10 :

« § 1^{er}. Le patient a droit à la protection de sa vie privée lors de toute intervention du praticien professionnel, notamment en ce qui concerne les informations liées à sa santé.

Le patient a droit au respect de son intimité. Sauf accord du patient, seules les personnes dont la présence est justifiée dans le cadre de services dispensés par un praticien professionnel peuvent assister aux soins, examens et traitements.

§ 2. Aucune ingérence n'est autorisée dans l'exercice de ce droit sauf si cela est prévu par la loi et est nécessaire pour la protection de la santé publique ou pour la protection des droits et des libertés de tiers. »

⁶⁶ L., 22 août 2002, précitée, art. 9, § 4. A ce propos, voyez : M.-N. VERHAEGEN, « L'accès du patient au dossier géré par le praticien professionnel », *rev. dr. santé*, 2003-2004, spéc. p. 84, n° 14.

« Après le décès du patient, l'époux, le partenaire cohabitant légal, le partenaire et les parents jusqu'au deuxième degré inclus ont, par l'intermédiaire du praticien professionnel désigné par le demandeur, le droit de consultation, visé au § 2⁶⁷, pour autant que leur demande soit suffisamment motivée et spécifiée et que le patient ne s'y soit pas opposé expressément. Le praticien professionnel désigné consulte également les annotations personnelles visées au § 2, alinéa 3⁶⁸. »

Dans son exposé introductif, la Ministre Magda AELVOET avait considéré à propos des conditions du droit de consultation des proches que ceux-ci devaient « (...) *témoigner d'un intérêt suffisamment motivée **qui puisse compenser le droit à la vie privée du patient décédé** (testament, génétique, contrat d'assurance, procédure en responsabilité). En outre, les proches ne pourront consulter que les éléments du dossier du patient pertinents dans le cadre de l'intérêt précité. (...) »*⁶⁹

Suite à l'interpellation d'un parlementaire, la Ministre a répété à ce sujet que « (...) *l'article a été rédigé après avis de la commission pour la protection de la vie privée. La commission a mis l'accent sur le fragile équilibre entre **le respect de la vie privée du patient décédé** et le respect du souhait de la famille* »⁷⁰.

E. SECRET DES COMMUNICATIONS ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, ET PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

17. Diverses dispositions pénales répriment la violation du secret des communications et des télécommunications⁷¹. Dans cette mesure, ces dispositions participent à la protection de la vie privée des citoyens et partant, du patient, notamment lors du transfert télématique de ses données. Le décès du patient ne lève pas ces incriminations.

⁶⁷ Cette disposition confère au patient un droit de consultation directe hors les annotations personnelles du praticien professionnel et hors les données concernant des tiers.

⁶⁸ Mais pas les données concernant des tiers.

⁶⁹ Doc. Parl., Chambre, s.o., 2001-2002, 1642/012, p. 18.

⁷⁰ Doc. Parl., Chambre, s.o., 2001-2002, 1642/012, p. 89.

⁷¹ Voyez principalement : C.P., art. 259 bis punissant les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées ; art. 314 bis punissant la violation du secret des communications et des télécommunications privées ; ainsi que la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises autonomes publiques économiques, art. 109 ter, D, et 109 ter, E.

III. LE FONDEMENT DE LA PROTECTION *POST-MORTEM* DES DONNÉES DU PATIENT

18. La protection *post-mortem* des données du patient peut se prévaloir des instruments internationaux et nationaux suivants :

- la Déclaration d'Amsterdam de l'Organisation mondiale de la Santé,
- la décision du 20 mai 1998 de la Commission européenne des droits de l'homme,
- le Protocole additionnel du 24 janvier 2002 à la Convention du 4 avril 1997 pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine,
- l'avis n° 13 du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies,
- la Déclaration de l'Association médicale mondiale sur les droits du patients adoptée en 1995,
- l'article 29 de la Constitution en ce qu'il protège le secret des lettres après le décès de l'expéditeur ou du destinataire,
- les règles relatives au secret médical,
- la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient (art. 9, § 4),
- les incriminations pénales relatives à la violation du secret des communications et des télécommunications.

Si l'existence de cette protection ne peut pas être contestée au regard de ces dispositions et devrait se voir reconnaître de manière générale, par contre, son fondement divise les esprits⁷². Plus particulièrement, la discussion porte sur la possibilité de considérer que cette protection s'inscrirait dans le cadre de la protection de la vie privée.

19. Plusieurs thèses existent à propos du sort réservé au droit au respect de la vie privée après le décès.

Une première thèse soutient le maintien de ce droit après le décès et sa transmission [en tout ou en partie] aux héritiers ou aux proches du défunt⁷³.

Une seconde thèse rappelle que, à l'instar de tout droit de la personnalité, le droit au respect de la vie privée s'éteint au décès de son titulaire et ne peut dès lors être transmis aux héritiers du défunt⁷⁴.

Une troisième thèse considère que la réparation du droit au respect de la vie privée du défunt peut être poursuivie par les membres de la famille, dans la mesure où ils peuvent s'estimer atteints, à travers le disparu⁷⁵.

⁷² Sur le sujet, voyez déjà : Fr. DELOGNE, « Le sort des droits de la personnalité au décès », *R.N.B.*, 1990, p. 126 et s., spéc. p. 135 et s. ; M.-H. BOULANGER, o.c. ; P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit, Protection du secret de la vie privée*, 3^e éd., Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, Economica, 1995, p. 311 et s., n° 164 et 165 ; J. SACE, « Le droit au respect de la vie privée est-il un droit des vivants ? », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 865 et s. ; D. TURPIN, *Libertés publiques et Droits fondamentaux*, Paris, Ed. du Seuil, 2004, pp. 473-474.

⁷³ En ce sens : Civ. Brux. (14^e ch.), 30 sept. 2002, *A. & M.*, p. 537 ; H. DE PAGE, o.c., pp. 61-62, n° 46. Voyez aussi : Fr. DELOGNE, o.c., p. 138. Pour une transmission du droit d'accès aux héritiers, voyez not. : M.-H. BOULANGER, o.c.

⁷⁴ *Mutatis mutandis* en ce sens à propos du droit à l'image : Civ. Brux., 12 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1015 et s. ; *A. & M.*, 1996, p. 449, note F. Ringelheim ; *R.G.D.C.*, 1997, p. 130.

⁷⁵ Cour Ass. Brabant, 18 nov. 1994, *rev. dr. pén.*, 1995, pp. 195-196 ; Civ. Namur, 17 nov. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 781 et s., obs. « Liberté de rappeler des faits contre droit au silence : les contretemps de la presse » ; Brux. (1^e ch.), 14 sept. 1999, *A. & M.*, 2000, p. 92 et s. En ce sens : P. KAYSER, o.c., pp. 312-313 (« Une doctrine presque unanime se prononce dans le sens du maintien de la protection de la vie privée pour des raisons qui paraissent décisives. (...) Mais quel est le fondement de l'action des proches du défunt ? (...) Le droit au respect de la vie privée étant un droit

Une dernière thèse se prévaut de la protection de la dignité des morts⁷⁶.

Ces thèses appellent les observations suivantes.

19. D'abord, le droit successoral belge ne couvre pas la question de la transmission des droits extra-patrimoniaux⁷⁷. C'est dans les règles applicables au droit extra-patrimonial considéré que doit être recherchée la réponse à son sort au décès de son titulaire. Il ne faut donc pas interroger le droit successoral pour justifier le maintien ou non de la protection de la vie privée après le décès de la personne concernée. A cet effet, l'on parle plutôt de « *proches* » que « *d'héritiers* »⁷⁸.

20. Ensuite, il faut se garder de confondre le droit et la personne habilitée à exercer le droit ou ses accessoires. A cet égard, sous la réserve de la remarque précédente, c'est à juste titre que François RIGAUX distingue entre « *la survivance proprement dite du droit de la personnalité du défunt, exercé ex herede, par ceux qui lui succèdent, et l'attribution aux héritiers d'un droit propre leur permettant de réclamer la protection des attributs de leur personnalité quand l'un de ceux-ci subit une atteinte en raison du lien qui les unit au défunt.* »⁷⁹. Il continue en exposant que « (...) *il faut distinguer la transmission du right of privacy du défunt et la naissance d'un intérêt propre (relational right of privacy) dans le chef des successeurs.* (...) »⁸⁰.

Néanmoins, il faut observer que la naissance d'un intérêt propre dans le chef des proches n'implique pas nécessairement l'extinction de la protection de la vie privée du défunt. De même, l'intérêt des proches ne fonde pas *ipso facto* le droit qui protège les données du défunt. L'intérêt des proches permet en tout cas de désigner la personne pouvant agir pour protéger l'information relative au défunt, ce qui est fondamentalement différent et ne répond pas à la question du fondement de la protection analysée. Il n'est d'ailleurs pas exceptionnel que des droits de la personnalité soient exercés par des personnes autres que leur titulaire, et ce, même de son vivant⁸¹, ce qui souligne bien la différence entre le droit et la personne qui peut l'exercer.

21. Par ailleurs, même si la vie privée des proches peut être affectée par l'exploitation des données du défunt et qu'elle devrait dès lors être protégée dans cette mesure, ce qui justifierait leur droit à agir, elle ne peut pas fonder la protection des données du défunt. Cet argument procède en effet d'une double confusion.

D'une part, *sur un plan logique*, l'argument déplace erronément l'objet de la protection. Ce qui est en jeu est bien « *l'image informationnelle* » du défunt. Que la vie privée des proches survivants soit concernée par l'information relative au défunt, n'est qu'un autre objet à protéger. En outre, dans le même ordre d'idées, il est difficile d'admettre que les intérêts du défunt coïncideraient nécessairement avec ceux de ses proches [surtout s'ils ne s'entendaient pas...].

de la personnalité, il semble qu'on doive admettre qu'il prend fin au décès de son titulaire. En se prononçant en sens contraire, on est conduit à se demander quels sont les bénéficiaires de la transmission de ce droit, (...) Il est préférable d'admettre que les proches du défunt agissent en leur nom personnel, c'est-à-dire en qualité de victimes du préjudice que leur a causé la divulgation de la vie privée de leur proche (...) »).

⁷⁶ Ceci-ci est rappelée indirectement par Jean SACE o.c., pp. 872-873.

⁷⁷ A ce propos, voyez : H. DE PAGE, o.c., p. 36, n° 27 *in fine* ; P. DELNOY, *Les libéralités et les successions*, Précis de droit civil, Collection de la faculté de droit de l'université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 99 à 103, n° 62 à 64.

⁷⁸ Fr. DELOGNE, o.c., p. 139.

⁷⁹ Fr. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 328, n° 262.

⁸⁰ Fr. RIGAUX, o.c., p. 463, n° 404.

⁸¹ Un exemple simple est celui de l'exercice des droits de la personnalité d'un enfant mineur dépourvu de discernement, par ses représentants légaux.

En d'autres mots, la protection de la vie privée du défunt ne peut pas se mesurer seulement à l'aune des intérêts de ses proches ou d'autres tiers. Pris isolément, ces intérêts ne peuvent pas fonder la protection de la vie privée du défunt. D'ailleurs, la [con]fusion entre les intérêts du défunt et de ses proches survivants ressemblerait à s'y méprendre à une négation de la personnalité passée du défunt.

D'autre part, *en droit*, cet argument ressemble à un nouveau fruit de la confusion entre le droit et l'intérêt à agir. Poussé jusqu'au bout, il deviendrait même absurde. Ainsi, que faire des personnes sans proche survivant pour les protéger ? L'Etat devrait-il être qualifié de proche survivant « *en dernier recours* » ? La réponse doit être négative parce que l'abus de *fiction* nuit assurément à la santé du droit.

22. D'un autre côté, l'argument de « *la dignité des morts* » ou du « *respect dû aux morts* » est séduisant, mais il manque de fondement juridique. Pour être péremptoire, cet argument devrait s'appuyer sur une norme juridique précise qui lui fait défaut en l'état.

23. Enfin, c'est à raison que l'on invoque la cessation des droits de la personnalité au décès de leur titulaire. Cette caractéristique ne peut être qu'exacte puisqu'elle est comprise dans la définition du droit de la personnalité⁸². Mais son application doit être bien comprise.

Après son décès, la personnalité du défunt ne peut plus être un concept dynamique puisqu'il ne vit plus, sauf à reconnaître un effet *post-mortem* à sa volonté exprimée de son vivant.

Mais est-ce à dire qu'il ne resterait rien de la personnalité du défunt ?

A suivre l'argument de son extinction complète au décès, le droit au respect de la vie privée ne réglementerait plus l'accès et l'utilisation de l'information relative au défunt⁸³. Cet accès et cette utilisation seraient libres de toute contrainte, et l'information deviendrait un bien sujet au droit de propriété, alors que, auparavant, elle devrait être hors commerce⁸⁴. La propriété de celle-ci serait alors « *le prix de la course* ».

Cette thèse ne peut pas être admise et justifie d'approfondir la réflexion sur la nature du droit au respect de la vie privée, voire de la notion même de *droits de la personnalité*.

Ainsi, la thèse soutenant l'extinction de la personnalité au décès semble participer d'une conception selon laquelle la personne humaine serait la source des droits de la personnalité. Dans cette perspective, il est logique de nier tout effet à un droit de la personnalité après le décès, la source étant tarie.

Par contre, si les droits de la personnalité trouvent leur source dans l'ordre juridique considéré, même si cela exprime une manière de positivisme juridique, les droits de la personnalité peuvent survivre, dans une certaine mesure, au décès de leur titulaire.

En effet, dans ce cas, le droit au respect de la vie privée n'est pas qu'un droit subjectif ; il participe d'une norme objective émanant de l'ordre juridique et qui s'attache aussi aux choses protégées [par le droit au respect de la vie privée], sans exclure le lien subjectif entre l'individu et sa vie privée⁸⁵.

De plus, cette approche objective est la seule justification plausible aux multiples ingérences qui ne peuvent se prévaloir du consentement de la personne concernée.

⁸² Sur cette notion controversée, voyez : H. DE PAGE, o.c., p. 17 et s., n° 9 et s.

⁸³ Pas plus que les autres droits de la personnalité.

⁸⁴ H. DE PAGE, o.c., p. 61, n° 45.

⁸⁵ H. DE PAGE, o.c., pp. 35-36, n° 27 : Jean-Pol MASSON distingue entre les droits de la personnalité en ce qu'ils protègent tantôt la personnalité physique, tantôt les intérêts moraux. En tout cas, il considère qu'il se justifie de maintenir une protection au-delà du décès pour ces derniers.

Quoiqu'il en soit, l'important est de souligner la complémentarité de ces deux approches des droits de la personnalité ; leur source objective et leur attache subjective sont intrinsèquement liées.

Au décès de la personne, la protection *objective* du droit au respect de la vie privée, qui trouve son fondement dans l'organisation de l'Etat et ses valeurs sociales, persiste, et rien ne l'empêche de se référer à ce que fût le défunt de son vivant ou à ses dernières volontés.

Dans cette mesure, la protection des données d'une personne décédée est un prolongement logique de son droit au respect de sa vie privée de son vivant. Il n'y a pas de raison, à cet égard, de dénier à cette protection sa filiation avec le droit dont elle est issue⁸⁶.

Il s'ensuit de même que ce droit n'a pas à se transmettre aux héritiers⁸⁷. Il existe en lui-même, inscrit dans l'ordonnement juridique.

La loi devrait déterminer le contenu de cette protection objective, après avoir procédé à une mise en balance des intérêts en présence.

Enfin, la loi devrait définir les personnes pouvant agir pour mettre en œuvre cette protection objective⁸⁸. Sur ce point, la controverse ne devrait pas exister en droit. Ce ne sont pas les héritiers, mais bien les proches survivants du défunt qui devraient être habilités à cet effet. En l'absence de tout proche, l'Etat exercerait la défense de la vie privée du défunt.

« *Le défunt pourrait-il attribuer, par testament, à une personne déterminée, la tâche de protéger sa mémoire ? La réponse nous semble devoir être positive. (...)* »⁸⁹ Il s'agirait alors d'une expression de l'autodétermination informationnelle de la personne concernée⁹⁰ produisant des effets *post-mortem*, ce qui serait remarquable. Elle confirmerait d'ailleurs d'autant la persistance de la protection de la vie privée après le décès, puisqu'elle aussi en est issue.

⁸⁶ En ce sens : A. STROWEL, « Liberté de rappeler les faits contre droit au silence : les contretemps de la presse », obs. sous Civ. Namur, 17 nov. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 785 et s. spéc. pp. 786-787.

⁸⁷ Voyez en sens contraire : Civ. Brux. (14^e ch.), 30 sept. 2002, *A.M.*, 2002, p. 537 et s., note F.J. : « (...) le droit au respect de la vie privée ne disparaît pas à la mort de l'intéressé et se transmet aux proches du défunt (...) ». P. KAYSER, o.c., p. 312-313, n° 165 : « (...) on est conduit à se demander quels sont les bénéficiaires de la transmission de ce droit (...) Il est préférable d'admettre que les proches du défunt agissent en leur nom personnel, c'est-à-dire en qualité de victimes du préjudice que leur a causé la divulgation de la vie privée de leur proche. (...) ». H. DE PAGE, o.c., pp. 35-36, n° 27 : Jean-Pol MASSON précise également que : « *En tant qu'il protège l'individu contre les investigations indiscrettes, le droit au respect de la vie privée disparaît au décès, par la force des choses. En revanche, en tant qu'il protège la personne contre la divulgation de sa vie privée, il faut décider qu'il ne disparaît pas à la mort de l'intéressé et qu'il se transmet aux proches du défunt. On notera toutefois qu'en jurisprudence il n'y a pas unanimité quant à la possibilité pour ceux-ci de délier du secret professionnel le médecin qui a soigné le disparu. (...)* ».

⁸⁸ Voyez not. : H. DE PAGE, o.c., p. 35 et s.

⁸⁹ Fr. DELOGNE, o.c., p. 141.

⁹⁰ Brièvement sur l'autodétermination informationnelle : Fr. RIGAUX, o.c., p. 588-589, n° 532 : « (...) La juridiction constitutionnelle a déduit du droit de la personnalité l'un de ses attributs, à savoir : « le pouvoir reconnu à l'individu et résultant de la notion d'auto-détermination, de décider en premier lieu lui-même quand et dans quelle mesure des faits relatifs à sa propre existence sont divulgués (...) Cet attribut du droit de la personnalité est appelé « droit à la maîtrise des données personnelles » (...) Il n'est toutefois pas sans limite. (...) ». Voyez aussi : Conseil de l'Europe, Résolution 1165 (1998) du 26 juin 1998, *Droit au respect de la vie privée* (24^e séance), point 5.

CONCLUSION

Une masse importante d'informations personnelles subsiste au décès d'un patient. Leur exploitation grâce aux nouvelles technologies de l'information et de la communication renforce leur valeur, déjà considérable, tant au niveau médical, familial, scientifique qu'économique.

De nombreuses normes internationales et nationales participent à la protection de la vie privée du patient en ce qui concerne ses données à caractère personnel. Cependant, seul un nombre plus restreint maintient explicitement leur protection après son décès.

Le fondement de cette protection *post-mortem* ne doit pas s'asseoir sur les seuls intérêts des proches ou de tiers, ni sur des principes de dignité ou de respect dû aux personnes décédées dans la mesure où ils ne peuvent se prévaloir d'aucun fondement juridique donné. Il faut aussi se garder de confondre le droit, les accessoires du droit et la personne habilitée à exercer le droit ou ses accessoires.

En fait, cette protection est le prolongement « *naturel* » de ce que fut le droit au respect de la vie privée de l'individu de son vivant, dans son approche objective, puisque, en tant que droit subjectif, il cesse au décès de son titulaire. C'est dans cette mesure que le droit au respect de la vie privée ne disparaît pas entièrement au décès de son titulaire.

Il n'est pas utile de parler à cet égard de « *transmission* » du droit au respect de la vie privée ou de certains de ses attributs aux proches du défunt. Ce serait même incorrect. Il faut par contre s'interroger sur le contenu de cette protection objective et déterminer les personnes habilitées à protéger *l'image informationnelle* du défunt. Les proches représentent à cet égard des dépositaires de choix, sans préjudice pour le défunt de confier cette tâche à une personne précise. D'ailleurs, cette expression *post-mortem* de l'autodétermination informationnelle du patient est elle-même issue du droit au respect de la vie privée de la personne de son vivant ; elle en constitue également un prolongement.

En filigrane, l'on perçoit bien que, dans la société de l'information, la personne ne meurt pas tant que des informations la concernant subsistent. Leur statut doit par conséquent être réglé par le législateur afin d'assurer la cohésion sociale, dans le cadre de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En application de cette disposition, nous devrions avoir le droit de mourir sereinement, sachant que nos secrets persisteront, sauf ce qui, *dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.*